Über den

Verzicht beim Niessbrauch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

bei der

hohen juristischen Facultät

der

Königlich Bayerischen Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt

im September 1895

von

W. Zais

Referendar.

BONN.

Buchdruckerei von A. Henry.

1895.

Seinen lieben Eltern

der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543501_0149

§ 1.

Man hat versucht in der Lehre vom Verzicht eine allgemeine Regel darüber aufzustellen, welche Voraussetzungen zu einem bindenden Verzichte zu fordern seien. So ist auch in letzter Zeit wieder von Meissels[1]) die Ansicht vertheidigt worden, dass regelmässig die blosse Willenserklärung des Verzichtenden zur Aufhebung der Rechts genüge. Die Meinung anderer Schriftsteller ist die, dass je nach den Rechten, die für den Verzicht in Betracht kommen können, auch verschiedene Anforderungen gestellt werden müssten, dass bei Verzicht auf das Eigenthum zu der Willenserklärung noch Besitzaufgabe hinzukommen müsse, bei Verzicht auf die übrigen Rechte Annahme von der Gegenseite[2]).

Um die Unrichtigkeit des Meissel'schen Satzes zu zeigen, wollen wir einen Fall aus dem Gebiete der iura in re nehmen und im folgenden den Verzicht beim Niessbrauch behandeln.

§ 2.

Bevor wir auf den speciellen Fall eingehen, wird es nöthig sein genau zu bestimmen, was wir unter Verzicht verstehen, da dieser Begriff in verschiedener Bedeutung in unserem Rechtssystem vorkommt. Wir unterscheiden einen Verzicht im engeren, eigentlich juristischen Sinne und im weiteren Sinne. Den ersteren können wir folgendermassen definiren. *Er ist die Willenserklärung eines Berechtigten in Ausübung seines Rechts,*

1) Meissels in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 18, S. 665 ff.
2) Windscheid Pand. § 69 Anm. 14.

die den Untergang dieses Rechts, nicht dessen Uebertragung bezweckt. Der Verzicht in diesem Sinne fällt also unter den Begriff der Veräusserung im weiteren Sinne[1]), nämlich als der Aufgabe eines Rechts schlechthin, ohne dass damit die Uebertragung auf einen anderen verbunden ist. Gleichbedeutend mit Verzicht ist Entsagung; die Quellen nennen es renuntiatio. Dadurch, dass wir ihn definiren als Willenserklärung eines Berechtigten, nehmen wir in den Begriff das Merkmal der Einseitigkeit auf, das allerdings in renuntiato nicht liegt. So sagt z. B. l. 29, § 1 c. de pactis 2, 3: regula iuris antiqui omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuntiare. Danach kann jeder auf seine Rechte verzichten. Die Stelle in ihrem Zusammenhang spricht von einem Verzicht durch Vertrag und sucht auch nur dessen Gültigkeit zu beweisen. Wir setzen uns dadurch in Widerspruch mit Wächter, der dieses Moment der Einseitigkeit aus dem Begriff ausscheiden will[2]). Er führt an, dass diese Beschränkung gar nicht im Sinne des Wortes Verzicht liege. Man könne auch durch Vertrag mit dem dabei Betheiligten auf ein Recht verzichten; doch besteht dieses zweiseitige Rechtsgeschäft aus zwei ganz verschiedenen juristischen Thatsachen, von denen man die eine „Verzicht", die andere „Verzichtsannahme", das ganze „Verzichtsvertrag" nennt. Die gewöhnliche Ausdrucksweise, die auch dieses Verzicht nennt, halten wir für ungenau, uud wäre es unserer Ansicht nach richtiger, unter „Verzicht"[3]) schlechthin den *„einseitigen Verzicht"* zu verstehen, und bei vorhandener Gegenseitigkeit von *„Verzichtsvertrag"* (zwei-

1) Baron Pand., S. 87.

2) Wächter, Württemberg. Privat-Recht II, 3, S. 644, Anm. 32.

3) Als Verfügung eines Berechtigten über sein Recht muss der Verzicht einseitig sein, da nur *er* über das Recht kraft desselben disponiren kann. (Meissels a. a. O. S. 669, Anm. 8).

seitigem, acceptirtem Verzicht) zu sprechen. Die Verzichtserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden. Der ausdrückliche Verzicht geschieht durch Worte, — oder solche Mittel, die diesen im Verkehr gleichkommen, — die direct und ausschliesslich den Zweck haben den Verzicht zu erklären. Der stillschweigende Verzicht wird aus einem Thun oder Lassen gefolgert, d. h. aus Handlungen, die an sich selbständigen Zwecke verfolgen, aber zugleich einen sicheren Schluss auf das Vorhandensein eines auf Verzicht gerichteten Willens zulassen (sog. concludente Handlungen)[1]). Der Verzicht muss immer eine Disposition des Berechtigten über sein *Recht* sein, das einseitige Aufgeben von Verbindlichkeiten ist kein Verzicht. Schon mit dem Wesen der Verbindlichkeit ist dieses einseitige Abschütteln unverträglich[2]). Mit dem Rechte selbst ist auch die Verzichtsbefugniss gegeben, soweit nicht durch das Gesetz gewisse Schranken gezogen sind. Diese ist also ein Ausfluss des Rechtes selbst.

§ 3.

Die nächste Frage ist, worauf kann man verzichten? Es ist nur ein Verzicht auf subjective Vermögensrechte[3]) denkbar, nicht auf Eigenschaften, die dem Rechts-

---

1) Soll eine solche Handlung nicht als stillschweigende Verzichtserklärung gelten, so ist dieses ausdrücklich beizufügen (Reservation) Baron S. 118.

2) Meissels a. a. O. S. 666 sagt: „Wo es dennoch möglich ist, da ist es nicht ein Ausfluss der Pflicht, sondern die Folge einer neben der Pflicht bestehenden Befugniss des Verpflichteten, wo dann das Ablegen der Pflicht nach Inhalt dieser speciellen Befugniss und nicht nach einer allgemeinen Theorie zu beurtheilen ist“: z. B. die Befugniss einseitig die Societät aufzulösen.

3) Von den subjektiven Rechten sind ausgeschlossen einerseits die Rechte aus der Persönlichkeit und die Familienrechte, weil diese Rechte durch den Begriff der Persönlichkeit bezl. die Stellung der Persönlichkeit in der Familie gegeben sind, so dass

subject durch das objective Recht beigelegt werden, wie z. B. Handlungsfähigkeit und Rechtsfähigkeit[1]). Der Verzicht im engeren Sinne setzt voraus, dass man das Recht schon erworben hat. Hierunter fällt also nicht, das Nichterwerben von Rechten, die man erwerben könnte, weil es keine Aufgabe dessen ist, was man schon hat.

Das Ausschlagen eines blos möglichen Erwerbs, wie z. B. das Ausschlagen einer angefallenen Erbschaft, eines angebotenen Geschenks, heisst auch Verzicht, und zwar fällt dieses unter den Begriff des Verzichts im weiteren Sinne. Dieser bezieht sich also auf gegenwärtige wie auf künftige Rechte.

Die einseitige Willenserklärung muss unmittelbar auf Untergang des Rechts gerichtet sein, nicht etwa auf eine Uebertragung desselben auf einen Anderen. In diesem Falle spricht man von Veräusserung im engeren Sinne[2]). Das Nichtausüben eines erworbenen Rechtes ist kein Verzicht. So lange das Recht nicht durch Hinzutritt eines anderen Moments z. B. des Ablauf's einer gewissen Zeit untergeht, bleibt es bei dem Inhaber. Man könnte geneigt sein, den Untergang eines Rechts durch Nichtausübung unter den Verzicht zu rechnen. Doch ist dies deshalb kein Verzicht, weil diese Wirkung nicht durch den Willen des Berechtigten, sondern nur mit dem

---

durch Verzicht auf die Rechte eine wesentliche Voraussetzung zu dem Begriff der Persönlichkeit bezl. dieser Stellung in der Familie fehlen würde. Beim Aufgeben des Besitzes kann andererseits desshalb von Verzicht nicht die Rede sein, da hier der Besitz als factum das Objekt des Aufgebens ist, also kein Recht.

Dass die Rechte nur dem Besitz (jus possessionis) d. h. der Besitzesschutz untergehen, ist die Folge des Aufgebens des factischen Verhältnisses.

1) Diese sind keine subjectiven Rechte, sondern bilden nur die Voraussetzung zur Ausübung des subjectiven Rechts (Handlungsfähigkeit) bezgl. zu dem Bestand desselben (Rechtsfähigkeit).

2) Baron S. 87.

Willen ev. ohne den Willen durch Ablauf der Zeit eintritt, während der Verzicht ein *beabsichtigtes Aufgeben* eines Rechts ist. Dieser Wille ist der ausschliessliche Grund für den Untergang des Rechts. Es muss durch ein Rechtsgeschäft untergehen; der Ablauf der Zeit hat wohl rechtliche Wirkung, aber ist kein Rechtsgeschäft, da der Wille fehlt. In der Praxis gilt die Regel, Verzichte sind strikt zu interpretiren, d. h. lässt sich der Wille aus der Erklärung nicht ganz klar erkennen, so soll er nicht etwa vermuthet werden. Man soll ihn nicht willkürlich ausdehnen auf Rechte, bei denen es in Frage kommen kann, ob sie auch von dem Verzicht betroffen werden sollen[1]). Der Mangel von Erfordernissen, die ein Rechtsgeschäft im Allgemeinen nichtig oder anfechtbar machen, hat diese Wirkung folglich auch beim Verzicht.

§ 4.

Wir haben uns im folgenden damit zu beschäftigen, welche Wirkungen an den Verzicht geknüpft sind. Während die Einen sagen, dass er zur Löschung eines Rechts genügt, fordern die Andern noch den Hinzutritt eines zweiten Acts und sprechen somit dem Verzicht im obigen Sinne als der blossen Willenserklärung ein Recht nicht mehr haben zu wollen, jede Wirkung ab.

Savigny[2] hebt hervor, dass diese Negation jeder Wirkung der blossen Verzichtserklärung formelle und materielle Gründe haben kann. Er sagt, dass der Streit über die Frage, ob ein Recht durch die einseitige Wil-

---

1) Dernburg, Pand. I, § 83, S. 193. „Daher stehen auch allgemeine Verzichtsklauseln nicht solchen Einwendungen und Anfechtungsgründen entgegen, die sich erst in Zukunft ergeben, und von denen es daher ungewiss ist, ob sie durch den Verzicht getroffen werden sollten".

2) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, S. 545 ff.

lenserklärung des Berechtigten entkräftet werde, dadurch so sehr verlängert worden sei, dass man nicht die zweiseitige Natur der scheinbar ganz einfachen Frage beachtet habe; denn nur diese Sonderung könne zu einer sicheren Entscheidung führen.

Die formelle Seite der Frage sei die, ob die einseitige Erklärung für den Berechtigten, der sie abgab, bindend sei, oder ob er im Falle einer Willensänderung davon wieder abgehen könne. In diesem Falle stelle man die Nothwendigkeit einer Acceptation in Frage. Diese Frage hat deshalb eine formelle Natur, weil es hier darauf ankommt, ob ein Rechtsgeschäft in dieser oder in einer anderen Form dazu geeignet ist, eine Wirkung bezgl. der Veränderung in dem Rechtsverhältniss hervorzubringen.

Die materielle Seite der Frage sei die, ob ein Berechtigter verhindert werden könne, durch seinen Willen aus einem Rechtsverhältniss herauszutreten d. h. ob er sich von den aus dem Rechtsverhältniss für ihn erwachsenden Verbindlichkeiten durch Verzicht auf sein Recht befreien kann. Es ist dies die Frage nach der Macht des einseitigen Willens, während die andere die Gebundenheit des Willens berührte. Diese Theilung muss unseres Erachtens mit besonderer Schärfe bei der Frage nach der Aufhebung des Niessbrauchs durch Verzicht gemacht werden. Wir werden daher im folgenden zwei Seiten unserer Frage unterscheiden und diese getrennt behandeln.

Sie enthält einmal die Frage, ob das Recht des Niessbrauchs schon durch die einseitige Willenserklärung des Niessbrauchers darauf verzichten zu wollen erlischt, oder ob diese Wirkung erst mit der Annahme von Seiten des Proprietars, also durch Verzichtsvertrag eintritt. Dies ist die Frage nach der Auflösung des *rechtlichen Verhältnisses.* Andererseits scheint uns aber auch nach der Auflösung des *faktischen Verhältnisses* des Niess-

brauchs gefragt zu werden, und werden wir diese Seite der Frage folgendermassen formulieren: Kann der Niessbraucher verhindert werden, durch seinen einseitigen Willen aus dem Niesbrauch auszutreten, d. h. kann er sich von den mit dem Niessbrauch verbundenen Verpflichtungen für die Zukunft durch Aufgabe der aus dem Niessbrauch für ihn sich ergebenden Berechtigungen befreien? An diese letztere Frage schliesst sich gleichzeitig für den Fall, dass wir ihm diese Befugniss geben, die Frage, ob ihm hieraus eine Verantwortlichkeit erwächst. Nach der einseitigen Verzichtserklärung des Niessbrauchers sind folgende Fälle in dem Verhalten des Proprietars möglich, entweder er nimmt sie an — so ist damit ein Verzichtsvertrag zu Stande gekommen und hat für unsere Frage weiter kein Interesse — oder er hat noch gar keine Gegenerklärung abgegeben, oder er widerspricht der Auflösung. In dem ersten Falle entsteht die Frage nach dem Untergang des Rechts des Niessbrauchs, dem der Fall gleichsteht, wenn die Verzichtserklärung dem Eigenthümer noch gar nicht zur Kenntniss gekommen ist; in dem letzteren die Frage nach der Auflösung des factischen Verhältnisses.

§ 5.

Um zu einer Entscheidung über die erste Frage zu kommen, ob einseitiger Verzicht zum Untergang des Rechts genüge, oder ob Acceptation des Proprietars hinzukommen müsse, wollen wir *historisch vorgehen* und zunächst sehen, was das ältere römische Recht erforderte. Es ist nicht bestritten, dass der Niessbrauch nach vorjustinianischem Rechte durch den Willen des Niessbrauchers nur in einem zweiseitigen Act und zwar in Form der in iure cessio aufgehoben werden konnte. Die einseitige Willenserklärung genügt also nicht. Wir finden dies in den Quellen an zwei Stellen bestätigt.

Paulus nennt bei Aufzählung der Erlöschungsgründe nur die in iure cessio, nicht aber die Dereliktion. Paulus, sent. rec. III. 6, § 28: Usus fructus . . . . . amittitur minutione, rei mutatione, non utendo, *in iure cessione*, domini comparatione. . . . . .

Infolge der drei ersten Erlöschungsarten und der letzten erlischt er also unmittelbar auf Grund gesetzlicher Bestimmung und zwar ganz unabhängig von dem Willen des Niessbrauchers; oder aber er erlischt durch seinen Willen. Für diesen Fall wird nur die in iure cessio an den Proprietar genannt [1]).

Ebenso sagt Gaius in den Institutionen, dass beim Niessbrauch nur die Form der in iure cessio anwendbar sei.

Gaius Inst. II, 30: Usus fructus *in iure cessionem tantum* recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipsaundam proprietatem retineat ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem. Der Ususfruct wird also durch in iure cessio von dem Eigenthümer bestellt und durch in iure cessio an den Eigenthümer zurückübertragen, d. h. aufgehoben.

Nun tritt die Frage an uns heran, wie steht es hiermit zur Zeit Justinians, da doch die in iure cessio als geltendes Rechtsgeschäft unbekannt war, wie überhaupt die Formalgeschäfte des alten Civilrechts. Einige Schriftsteller glaubten ganz willkürlich daraus folgern zu können, dass jetzt auch eine einseitige, von dem Eigenthümer der dienenden Sache nicht acceptirte

---

1) Nach Civilrecht war eine Aufhebung des Niessbrauchs ohne strikte Innehaltung dieser Form nicht möglich, auch wenn beide Seiten übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben hatten. Das prätorische Recht gab dem Eigenthümer, der trotz des Verzichtes aus dem Niessbrauche beklagt würde eine exceptio doli oder pacti.

Willenserklärung des Niessbrauchers zur Aufhebung des Niessbrauchs genügt.

So sagt Bacher[1]): „dass in dem vorjustinianischen Recht das Bestellen wie das Aufhören einer Servitut eine zweiseitige Handlung war, hängt aber nicht mit der inneren Natur derselben zusammen, sondern mit der Form, in welche das Römische Recht in seiner Jugendlichkeit alle Rechtsgeschäfte in seiner sinnlich plastischen Weise einkleidete. Im justinianischen Rechte fiel dieses Gewand, in welches der Rechtskörper möchte ich sagen, gehüllt wurde, und wir haben daher nur noch den nackten und unverhüllten Rechtsbegriff vor uns; die abstrakte und farblose Rechtssubstanz hat sich aus ihrer Umhüllung herausgeschält."

Zu demselben Resultat kommt Bremer[2]). Er sagt, der Satz, dass zur Gültigkeit eines Verzichts bei den Servituten Annahme von der anderen Seite erforderlich sei, und es hiernach eine Aufhebung durch Dereliction nicht gäbe, habe für „eine gewisse Zeit des römischen Rechts" allerdings Geltung gehabt, jedoch nur aus rein formalen Gründen. Dieser Satz wurzele in der irrigen Lehre von dem Verhältniss des Servitut zu dem Eigenthum.

Die beiden Schriftsteller hätten bei ihrer historischen Betrachtung doch auch beachten sollen, dass gerade das römische Recht sich durch eine gewisse Gleichmässigkeit in der Entwickelung auszeichnet und solche Sprünge, wie sie annehmen, immer vermieden hat; denn zwischen den formellen Rechtsgeschäften und dem einseitigen Verzicht liegt noch eine Mittelstufe, *der formlose Vertrag.*

---

1) Bacher in den Jahrbücher für Dogmatik, Band V, S. 250 (Gerber und Ihring).

2) Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjekte S. 142 bis 43.

Die Gründe auf die Bremer und Bacher ihre Behauptungen stützen, — nämlich die irrige Lehre von dem Verhältnisse der Servitut zum Eigenthum und von der inneren Natur der dinglichen Rechte im allgemeinen, — werden wir im zweiten Theil des Beweises unserer Ansicht einer näheren Prüfung unterziehen; auch wird dort noch die Bedeutung der in iure cessio für die spätere Entwicklung der Verzichtslehre zur Sprache kommen. Hier wollen wir nur feststellen, dass Bremer und Bacher aus den Quellen des justinianischen Rechts ihre Ansicht nicht beweisen können, dass vielmehr die Richtigkeit der Acceptationstheorie aus ihnen sich zu ergeben scheint.

§ 6.

In den Institutionen behandelt Justinian die Frage gerade so, wie sie im älteren Recht entschieden wird. In § 3 J. de usufr. 2, zählt er unter den Beendigungsarten des Niessbrauchs auch die Abtretung desselben an den Proprietar auf. Die Stelle heisst:

item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam extraneo cedento nihil agitur).

Es heisst hier also einfach cedatur und nicht mehr in iure cedatur. Ueber die Bedeutung dieses cedere ist eine Meinungsverschiedenheit entstanden, ob nämlich damit auf einen Vertrag hingewiesen oder ein einseitges Handeln ausgedrückt sei.

Fritz [1]) gibt uns eine Interpretation, die wir vollkommen billigen. Er weisst darauf hin, dass cedere auf jeden Fall eine Uebertragung — also eine Handlung, wobei der Eigenthümer als Empfänger und der Niessbraucher als Geber thätig ist — und nicht ein einseiti-

1) Fritz, Erläuterungen etc. zu Wening-Ingenheim Band I. S. 389.

ges Aufgeben bedeutet. Seinen Ausführungen schliesst sich auch Sintenis an[1]).

Auch aus der wörtlichen Uebersetzung des cedere und des gleich anzuführenden concedere ergibt sich ein Beweis für unsere Auffassung. Cedere bezügl. concedere heisst weichen, nachgeben. Weichen kann man aber nur, wenn man dazu gedrängt wird; es setzt also schon seinem Begriffe nach eine gegenüberstehende, drängende Person voraus, die den geräumten Platz des Weichenden einnehmen will. Aus zwei Pandektenstellen[2]), in denen concedere in Verbindung mit der Aufhebung von Servituten vorkommt, ergibt sich, dass nur die dargestellte Begriffsbestimmung möglich ist. Es ist dies l. 21 D. de S. P. U. 8,2:

Si domus tua aedificiis meis utramque servitutem deberet, ne altius tolleretur et ut stillicidium aedificiorum meorum recipere deberet, et *tibi consessero*, jus esse invito me altius tollere aedificia tua, quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debebit, ut si altius sublatis aedificiis tuis stillicidia mea cadere in ea non possunt, ea ratione altius tibi aedificare non liceat: si non impediantur stillicidia mea, liceat tibi altius tollere. und l. 20 pr. D. de S. P. R. 8,3:

Si mihi eodem tempore *concesseris* et ire agere per tuum locum et uti frui eo jus esse, deinde ego tibi *concessero*, jus mihi uti frui non esse: non aliter eo loco uteris frueris, quam ut ire agere mihi recte liceat.

Die beiden Stellen sprechen von zwei demselben Berechtigten zustehenden Servituten, von denen die eine erlassen wird. Der Erlass der einen darf von dem Eigenthümer der dienenden Sache nur soweit benutzt werden, als dadurch die Ausübung der anderen, nicht

1) Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht, Bd. I, § 66, Anm. 12.

2) Sie handeln allerdings nicht vom Niessbrauch, sondern von Realservituten; doch kommt es uns hierbei nur auf die Bedeutung des concedere an.

erlassenen Servitut nicht gehindert wird. Fragen wir uns, wie kommt der Berechtigte zu der „Concession"? Offenbar wird er dazu veranlasst durch einen Wunsch, eine Bitte seitens des belasteten Eigenthümers. In dieser Bitte ist die Annahme schon von vornherein enthalten; die geforderte Gegenseitigkeit ist im Augenblick der Erfüllung der Bitte vorhanden. Also wird die Servitut nicht durch einseitigen Verzicht, sondern durch Verzichtsvertrag aufgehoben.

Auch Elvers[1]) gibt zu, dass zwar in diesen Stellen die ursprünglich darin erwähnten formellen Rechtsgeschäfte von den Compilatoren verwischt seien; es sei jedoch erkenntlich, dass sie in ihrer jetzigen Gestalt fast alle Aufhebungsverträge behandelten. Noch andere Stellen aus dem corpus juris stehen uns zur Verfügung, aus denen hervorgeht, dass zur Aufhebung des Niessbrauchs bezw. einer Realservitut „Einwilligung" des Berechtigten, also auch Annahme des Verzichts seitens des Eigenthümers nöthig ist. Nämlich l. 4 § 12 D. de doli exp. 44,4

Quaesitum est, si, cum fundi usumfructum haberem, eum fundum volente me vendideris, an vindicanti mihi usum fructum exceptio sit obiicienda. et hoc jure utimur, ut exceptio doli noceat.

Gestatte ich dem Proprietar, das mit meinem Niessbrauch belastete Grundstück zu verkaufen, so verliere ich den Niessbrauch, und ebenfalls erlischt die Servitut, wenn ich dem Nachbar erlaube auf dem Grundstück, an dem wir die servitus stillicidii oder viae zusteht, ein Gebäude zu errichten (l. 8, pr. D. quem ad. serv. 8,6), so dass mir die Ausübung meines Rechts unmöglich wird. Diese Einwilligung setzt auch wieder eine Bitte

1) Evers, die röm. Servitutenlehre S. 767. Auf S. 351 meint er, dass die Compilatoren zur Verwischung der antiquirten Entstehungsform ein conssessero statt in iure cessero gesetzt hätten.

des Belasteten auf Aufhebung meines Rechts voraus, und sind diese Stellen daher gerade so zu erklären, wie die vorhergehenden mit concedere, nur mit dem Unterschied, dass hier der Verzicht nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend durch die gewährte Erlaubniss ausgedrückt wird[1]). Windscheid[2]) sagt in Hinsicht auf diese Stellen folgendes: „Ebensowenig liegt ein Beweis für die Möglichkeit der Aufhebung der Dienstbarkeit durch einseitige Willenserklärung in den angeführten Stellen; sie erkennen allerdings einen stillschweigenden Verzicht auf die Dienstbarkeit an, aber die Thatsache, in welcher sie denselben ausgedrückt finden, ist eine von der Gegenseite acceptirte Gestattung des Berechtigten."

Brinz[3]) glaubte den stillschweigenden Vertrag in den eben citirten Stellen nicht für einen Vertrag halten zu dürfen und folgerte daraus, dass der Verzicht als „Willenserklärung" kein Vertrag zu sein brauche; in der zweiten Auflage seines Lehrbuches[4]) sagt er, gestützt auf Windscheid's Bemerkung, dass „eine blosse Willenserklärung auf der einen Seite den Verzicht allerdings noch nicht vollenden dürfte, wohl aber DeveLiction."

§ 7.

l. 17 i. f. D. comm. praed. 8,4 spricht von einer Servitutenaufhebung durch Schenkung (Servitus donatione tollitur). Nach einer weit verbreiteten Meinung ist donatio immer eine angenommene Liberalität[5]).

---

1) Die Bitte involviert immer Annahme desjenigen, worum gebeten wurde.

2) Windscheid Pand., § 215, Anm. 11.

3) Brinz Pand. *I. Aufl.* S. 278.

4) Brinz Pand. *II. Aufl.* Seite 795.

5) Windscheid II, § 365, Anm. 5.
Fritz a. a. O. S. 391 a. E.

Selbst wenn man der Ansicht ist, dass eine Schenkung nicht immer ein Vertrag ist, so liegt doch hier ein vertragsmässiger Verzicht vor; denn dadurch, dass er die Mauer aufführte, hat er von dem permittere Gebrauch gemacht. Es liegt also darin wieder eine Annahme der Erlaubniss. Es sei hier noch auf eine Stelle hingewiesen, die ausdrücklich Vertrag fordert.

Es ist dies l. 6 D. quemadm. serv. 8,6. Das mit einer servitus viae belastete Grundstück wird in zwei Theile getheilt. Damit nun der eine Theil von der Servitut frei werde, müssen die Parteien besonders darüber übereinkommen. (possunt tamen alterutrum fundum liberare si modo hoc specialiter convenit [1]). Es sind nun noch 3 Pandektenstellen übrig, die von recedere ab usufructu und derelinquere usumfructum sprechen, und die von den Gegnern unserer Ansicht als Hauptargumente in Anspruch genommen werden [2]). Einige der Schriftsteller (Bremer, Bacher, Schönemann) glaubten allerdings, dass die gebrauchten Worte recedere und derelinquere allein schon genügten, um die Vertreter der Acceptationstheorie ad absurdum zu führen.

---

1) Wenn nun auch die zuletzt genannten Quellenstellen meist von der Aufhebung von Realservituten handeln, so thut das ihrer Beweiskraft für den Niessbrauch keinen Eintrag, da hinsichtlich des Verzichts bei den Servituten die gleichen Grundsätze gelten.

2) l. 48 pr. D. de usufr. 7, 1.
l. 64 und 65 pr. eod. tit.

Eine genaue Interpretation dieser Stellen geben wir im zweiten Theil unserer Ausführungen, für den sie von besonderer Wichtigkeit sind; hier führen wir nur an, dass die Wirkungen des derelinquere usum fructum etc. nicht in der Beendigung des Rechts bestehen, also mit der Lehre, dass Annahme zur Erlöschung des Niessbrauchs nöthig sei, durchaus nicht im Widerspruch stehen. Fritz (a. a. O. S. 391) sagt hierüber:

„Ich kann auch nicht einmal finden, dass implicite etwas gesagt werde, was sich mit dem Satze, dass Servituten durch einseitiges Aufgeben nicht verloren gehen, nicht vertrüge".

und es wird deshalb wohl angebracht sein, an dieser Stelle näher auf die Bedeutung derselben einzugehen.

Derelinquere heisst „aufgeben“. Es ist bei wörtlicher Uebersetzung ein zurücklassen (relinquere) verbunden mit de — das nochmals das Moment der Trennung hervorhebt. Es bezieht sich nur auf die Handlung des Subjects, nicht aber etwa auf die Wirkung des Handelns auf das Object der Dereliction, auf das „Aufheben“; dieses letztere bezieht sich in erster Linie auf das Object der Dereliction. Die „Aufhebung“ ist nicht immer die nothwendige Folge des „Aufgebens“, der Dereliction. Allerdings tritt diese ein bei der Dereliction des Eigenthums. Da nun derelinquere in den weitaus meisten Fällen von der Eigenthumsdereliction gebraucht wird, so mag dies einer der Gründe sein, die zu der falschen Auffassung geführt haben; doch tritt hier die Erlöschung des Eigenthums nur in Folge der Dereliction (Besitzesaufgabe) der Sache ein. Dasjenige, was derelinquirt wird, ist nicht das Recht, sondern die Sache, und diese geht gar nicht unter.

Der Niessbraucher als Detentor der Sache kann diese nicht derelinquiren [1]), da er sie für einen Anderen besitzt. Er kann *nur derelinquiren, was er hat;* das ist hier das *dingliche Recht an der fremden Sache*, das *Recht des Niesebrauchs* [2]). Dieses als Object der Dereliction geht ebensowenig unter wie die derelinquirte Sache des Eigenthümers. Es ist also eine Dereliction d. h. ein Aufgeben des Niessbrauchs möglich; nicht aber eine Aufhebung des Niessbrauchs durch Dereliction. Diese falsche Folgerung aus der Bedeutung des derelinquere hat Schönemann [3]) gemacht, wie sich aus folgenden Worten ergibt:

1) Elvers, S. 349, Anm. 8.

2) Dagegen Bremer S. 145.

3) Schönemann, die Servituten S. 169.

„Dieser Ausdruck, mit welchem das recedere in der erstangeführten Stelle identisch ist, ist bekanntlich ein ganz unzweifelhafter terminus technicus für das einseitige Aufgeben einer Befugniss, welches ohne fremde Zustimmung geschieht und einer solchen überhaupt nicht bedarf. Wenn die citirten Stellen also diese Aufhebung der Dienstbarkeit als derelinquere servitutem bezeichnen, so heisst das mit anderen Worten, dass die Aufhebung der Dienstbarkeit durch einseitiges Aufgeben des Rechts, durch den einfachen Verzicht des Berechtigten vollzogen werde."

Ebensowenig bedeutet das recedere ab usufructu eine Aufhebung der Servitut durch einseitiges Aufgeben. Die wörtliche Auslegung gibt uns ein „Zurückweichen", es enthält ein cedere, setzt also wieder eine drängende Thätigkeit voraus, die hier in der Klage des Eigenthümers zu suchen ist. Von einem Erlöschen des Rechts durch recedere als einseitiges Aufgeben kann also nicht die Rede sein.

§ 8.

Wir haben jetzt noch den Einwand zu betrachten, der der hier vertretenen Ansicht daraus erwuchs, dass in einer Stelle der Quellen bei der Cession des Niessbrauchs an einen extraneus Konsolidation des Niessbrauchs mit dem Eigenthum eintritt. Es ist dies l. 66 D. de iure dot. 23,3.

Quoniam dicimus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Dies ist die Meinung des Pomponius. Während Gaius in der oben schon erwähnten Stelle (G. II, § 30 . . . alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet; creditur enim ex cessione nihil agi) sagt, dass die Cession an einen Dritten gar keine Wirkung

ausübe. Diese Ansicht des Gaius ist auch in den Institutionen recipiert. (§ 3, J. 2,4 extranio cedendo nihil agit). Die römischen Juristen waren sich also darin einig, dass der Niessbrauch durch in iure cessio auf einen Dritten nicht übertragen werden konnte, da dies dem Charakter desselben als höchst persönliches Recht widersprach. Sie waren dagegen nicht einig darüber, ob diese zur Uebertragung ungeeignete Cession nicht eine Rückwirkung auf den Bestand des Rechts selbst ausüben konnte. Gaius war gegen jede Wirkung, Pomponius für den Untergang des Niessbrauchs, so dass man auf diese Weise auf den Niessbrauch hätte bindend verzichten können. Dies war die bisherige Auffassung der Stellen [1]), bis erst neuerdings Baron [2]) die Unrichtigkeit derselben aus dem Wortlaut der l. 66 cit. nachwies. Er weist nämlich darauf hin, dass Pomponius nur von einem reversurum usumfructum und nicht reverti spricht. Es ist dies die einfachste Erklärung, die bei vorurtheilsloser Betrachtung wohl jeden überzeugen wird. Danach vertritt Pomponius gar keine abweichende Ansicht; es wird gar nicht gesagt, dass

1) Die Antinomie ist auf verschiedene Weise zu lösen versucht worden, u. A. auch von Vangerow I. Pand. § 344, Anm. 3, dessen Ansicht wir kurz wiedergeben wollen. In l. 66 cit. war ursprünglich von in iure cessio die Rede. Bei allen streng civilrechtlichen Akten galt die Regel, dass sie alle die Wirkungen hervorbrachten, die sie hervorbringen konnten, wenn auch nicht die beabsichtigten. Dies auf unseren Fall angewandt, so bezweckte die in iure cessio des Niessbrauchs Aufhebung desselben auf der einen Seite und Begründung desselben auf der anderen Seite. Dies letztere war wegen der ungeeigneten Person nicht möglich, also trat nur das erstere ein und damit Konsolidation. Dieses strenge Princip kam bald ausser Uebung, und schon Gaius hat die mildere Auffassung, die dann auch Iustinian recipirt hat. Dass diese Stelle in die Pandekten aufgenommen wurde, beruht nach Vangerows Ansicht auf einem leicht zu entschuldigenden Versehen. Ausserdem berührt sie nur ganz nebenbei unsere Frage.

2) Baron, Pand. § 156, not. 18.

durch die Cession an den extraneus der Niessbrauch sofort untergeht; — dies müsste eben durch reverti ausgedrückt werden, sondern dies wird später nach Beendigung ganz unabhängig von dieser Cession eintreten.

Mit dieser Erklärung glauben wir Dernburg [1]), Meissels [2]) und Thon [3]), die diese Stelle als Hauptbeweismittel ihrer Ansicht anführen, eine wichtige Stütze genommen zu haben.

Wir sind bis jetzt in unseren Ausführungen soweit gekommen, dass sich aus den Quellen des justinianischen Rechts der Beweis des Satzes, das Recht des Niessbrauchs können durch einseitigen Verzicht aufgehoben werden, nicht erbringen lässt, sondern dass vielmehr die vertretene Ansicht, der Niessbrauch könne nur durch Verzichtsvertrag aufgehoben werden, aus denselben sich zu ergeben scheint.

§ 9.

Im folgenden wollen wir betrachten, wie sich die einzelnen Schriftsteller zu dieser Frage gestellt haben, welche Gründe und Einwände sie für und gegen die Theorie der Annahme gebracht haben. Wie schon erwähnt, suchte man den einseitig erklärten Verzicht auf Servituten analog der Dereliction des Eigenthums zu behandeln und kam dadurch zu der Behauptung, die Servitut könne „als dingliches Recht" durch einfachen Verzicht aufgehoben werden [4]). Doch übersah

1) Dernburg Pand. S. 627, not. 13.

2) Meissels a. a. O., S. 692.

3) Thon im Arch. f. c. Prax. Bd. 80, S. 83 sagt folgendes: „Für die Aufhebung durch einseitige Willenskundgebung spricht endlich aber und vornehmlich die Entscheidung des Pomponius in l. 66 cit".

4) Diese Ansicht wird vertreten von Bremer, Bacher, Schönemann, Meissels, Thon und Dernburg in den citirten Werken.

man dabei die verschiedene Wirkung der Dereliction. Fragen wir uns, was tritt bei der Dereliction des Eigenthums ein? Das Eigenthumsrecht geht allerdings sofort unter, doch nicht die Sache; diese wird zur res nullius und kann daher von Jedem, also auch von dem Derelinquenten wieder occupirt werden. Sie ist für ihn also faktisch erst dann verloren, wenn ein anderer durch frühere Occupation von der Dereliction Gebrauch gemacht hat. Und was bewirkt ein bindender Verzicht auf eine Servitut? Das Recht des Eigenthümers, dem durch die Servitut einige Befugnisse genommen waren, tritt wieder in völlige Wirksamkeit, mein aufgegebenes Recht consolidirt mit dem Recht des Eigenthümers und ist für mich vollständig verloren [1]). Es ist noch ein weiterer Unterschied vorhanden. Wenn nämlich der Eigenthümer derelinquirt, so hat wie Elvers [2]) sagt, dieser Act nur die Aufhebung eines Rechts zur Folge, nicht auch schon alsbald die Entstehung eines neuen Rechts, d. h. mit anderen Worten: die Dereliction des Eigenthümers greift nicht unmittelbar in die Rechtsverhältnisse eines Andern ein, sie betrifft nur die Verhältnisse des Eigenthümers selbst. Wie verhält es sich dem gegenüber mit dem bindenden Verzicht auf den Niessbrauch? Dieser Akt hat auch zunächst die Aufhebung des Rechts auf der einen Seite zur Folge, aber auch gleichzeitig die Befreiung des Proprietars von der Belastung. Allerdings erwirbt er durch die Erlöschung des Niessbrauchs kein neues Recht, sondern er wird nur von der Beschränkung der Ausübung seines Rechts frei; doch bringt dies jedenfalls eine Veränderung seines Vermögens mit sich. Hierdurch könnte man willkürin die Rechtssphäre des Proprietars eingreifen, indem

1) Diese Verschiedenheit der Consequenzen wird besonders von Fritz a. a. O. S. 386 hervorgehoben.

2) Elvers a. a. O. S. 768.

man ihn wider seinen Willen bereicherte. Dieser Eingriff ist ohne Annahme des Proprietars unmöglich; denn die Willensfreiheit desselben lässt ihn ohne eigene Willensthätigkeit nicht zu. Wenn nun Meissels meint, dass es eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Macht des Niessbrauchers sei, wenn man ihm nicht die Möglichkeit gäbe, sich von dem Rechte zu befreien, so fragen wir nur, wer hier wohl des grösseren Schutzes bedürfe, der Niessbraucher, der sich des Rechts entledigen will, oder der Eigenthümer, dem dieser Vortheil aufgedrängt werden soll? Wir entscheiden uns für den Eigenthümer, da es dem Niesshraucher jederzeit zusteht, von seinem Rechte keinen Gebrauch zu machen [1]).

Hiermit glauben wir auch Bachers Einwand von der falschen Auffassung des dinglichen Rechts widerlegt zu haben. Er sagt folgendes [2]): dem dinglichen Recht steht nicht eine verpflichtete Person, sondern eine Sache gegenüber. Die Servitut sei ein selbständiges Gewaltverhältniss über die Sache wie das Eigenthum und dieser ihrer „Souveränetät . . . erscheint eine einseitige Aufhebung ideell adäquater und folgerichtiger, und desshalb darf dieselbe auch nicht verneint werden, ... wenn auch die Quellen nur Fälle eines zweiseitigen Verzichtsaktes enthalten würden."

Es ist wohl zuzugeben, dass der Servitutberechtigte souverän in der Ausübung seines Rechts ist, und dass ihm nicht der Eigenthümer der Sache als unmittelbar Verpflichteter gegenüber steht, sondern dass er eine Gewalt über die Sache selbst hat; aber aus dieser Sou-

---

1) Diese Ansicht vertritt auch Elvers a. a. O. S. 769 indem er sagt: „Wie nun überall im Rechte nicht zugelassen wird, dass ein Recht durch blossen einseitigen Akt seines Inhabers unmittelbar auf einen Anderen übergeht, so wird man es auch hier nicht gestatten dürfen".

2) Bacher a. a. O. S. 241.

veränetät in der Ausübung seines Rechts folgt noch nicht, dass sein Wille allein genügt, das Recht aus der Welt zu schaffen, da durch seinen Untergang ein Anderer in seiner Rechtssphäre berührt wird.

Auch Schönemann's Einwand bedarf hiernach keiner weiteren Erörterung. Nach seiner Ansicht darf man eben beim Untergang eines dinglichen Rechts nicht die Annahme als nothwendiges Stück aufstellen, da diese eine Beziehung von Person zu Person voraussetzt und zum Grunde hat[1]). Dadurch, dass durch das Erlöschen des Niessbrauchs der Eigenthümer befreit wird, erhält mittelbar das dingliche Recht eine persönliche Beziehung[2]).

§ 10.

Wenn wir eine Analogie heranziehen, so könnte es vielmehr nur die der Obligationen sein, und gerade hieraus wird sich zeigen, dass der einseitige Verzicht zum Untergang des Niessbrauchs nicht genügt[3]). Denn könnte eine Forderung durch einseitigen Verzicht des Gläubigers bindend erlassen werden, so würde hierdurch der Schuldner unmittelbar gegen seinen Willen bereichert. Dies hat aber das Recht nicht zugelassen, wie wir oben schon erwähnt haben, sondern es fordert Annahme seitens des Schuldners zur Wirksamkeit des Verzichts. Nun wird uns allerdings wieder entgegen-

---

1) Schönemann a. a. O. S. 167.

2) Windscheid (I. § 43, S. 102) sagt hierüber: „Auch die dinglichen Rechte haben eine persönliche Richtung. Wenn ihr unmittelbarer Gegenstand die ihnen unterworfene Sache ist, so ergreifen sie mittelbar auch den Willen der ihnen gegenüberstehenden Personen. Diese mittelbare Richtung der dinglichen Rechte auf die Person darf ebensowenig übersehen werden, wie ihre unmittelbare auf die Sache".

3) Elvers a. a. O. S. 768—9.
Fritz a. a. O. S. 386.

gehalten, dass ja der Niessbrauch als ein dingliches Recht ein gegen Jedermann geltend zu machendes Recht sei, während doch die Obligation nur ein Verhältniss von Person zu Person darstelle, und dass daher durch den Untergang des Niessbrauchs nicht nur der Eigenthümer, sondern die unbegrenzte Menge berührt werde, während die Aufhebung einer Obligation durch den Gläubiger nur für den Schuldner in Betracht komme. Wie also hier die Mitwirkung des Schuldners gefordert werde, so müsse man bei dem Verzicht auf den Niessbrauch die Zustimmung der unbegrenzten Menge verlangen. Da dies aber eine Unmöglichkeit sei, so könne überhaupt nicht die Mitwirkung eines Anderen, auch nicht des Eigenthümers gefordert werden[1]). Doch sehen wir zu, inwieweit die unbegrenzte Menge bezlg. der Proprietar von der Aufhebung des Niessbrauchs betroffen wird. Die unbegrenzte Menge wird davon nur indirekt berührt, indem sie nämlich für den Fall einer Verletzung nicht mehr die actio confessoria des Niessbrauchers, sondern die dinglichen Klagen des Eigenthümers zu fürchten hat[2]). Der Proprietar dagegen wird direkt bereichert durch den bindenden Verzicht. Die Consequenzen erklären sich eben nicht aus seinem Charakter als dingliches Recht, sondern *als dingliches Recht an fremder Sache.* Durch die obigen Ausführungen glauben wir auch Bremer[3]) zurückgewiesen zu haben, wenn er meint der Eigenthümer stehe dem Servitutberechtigten nicht anders gegenüber wie jeder Dritte,

1) Diesen Einwand hat unter den neueren Schriftstellern auch Thon (a. a. O. S. 83) gemacht: „Wenn die herrschende Ansicht Annahme von der anderen Seite erfordere, so stehe eben dem Servitutberechtigten nicht der Eigenthümer der dienenden Sache, sondern die unbegrenzte Menge als verpflichtet gegenüber und letztere werde auch nicht durch den Eigenthümer vertreten".

2) Elvers S. 769.

3) Bremer a. a. O. S. 143.

und dass deshalb die Concurrenz eines anderen Willens zum Aufgeben des Niessbrauchs nicht nothwendig sei, insbesondere nicht „Acceptation von der anderen Seite".

Zum Beweise unserer Ansicht glauben wir nochmals das ältere römische Recht heranziehen und von der Bedeutung der in iure cessio sprechen zu dürfen. Es wird sich nämlich zeigen, dass die „Concurrenz eines anderen Willens" nicht nur ein Erforderniss, sondern das ausschlaggebende Erforderniss zur Aufhebung des Niessbrauchs gewesen ist. Am Anfang unseres Aufsatzes haben wir gezeigt, dass im älteren römischen Recht, der Niessbrauch nur durch in iure cessio aufgehoben werden konnte. Wie kam eine solche gültig zu Stande? Nicht etwa so, dass der Niessbraucher vor dem Magistrat in Gegenwart des klagenden Proprietars einfach erklärte, auf sein Recht verzichten zu wollen. Diese Erklärung hatte nicht die Kraft einer confessio in iure, da sie als etwas *„Beziehungsloses"* dagestanden hätte, wie Iherings[1]) sagt. Sondern es musste zur Gültigkeit eine Handlung des Klägers und zwar die *Behauptung* der Servitutenfreiheit vorausgehen, wodurch das Geständniss des beklagten Niessbrauchers erst *seine Beziehung* und zwar auf diesen Kläger erhielt. „Ein acceptirtes Geständniss oder Versprechen, sollte man sagen, stände einem auf Grund der Behauptung abgelegten völlig gleich". Die Antwort auf die Frage, warum Acceptation nicht genügt, ist „weil der, welcher erwerben will mittelst der Behauptung die Initiative ergreifen muss".

Wenn also das römische Recht zur Zeit der streng formellen Rechtsgeschäfte bei der Aufhebung des Niessbrauchs durch Verzicht dem Proprietar sogar die Hauptrolle zutheilte, wenn *er* also der active Theil der Parteien war, während der Niessbraucher in seiner Verzichtserklärung sich nur passiv zu verhalten hatte, so

1) Iherning, Geist des röm. R. II, S. 614, Anm. 840.

können wir wohl mit Recht behaupten, dass die Mitwirkung des Eigenthümers das Principale war. Sollte sich der Geist des römischen Rechts in der späteren Periode so geändert haben, dass dieses Haupterforderniss des formellen Verzichts für den formlosen Verzicht ganz seine Bedeutung verloren hat? [1]) Wir dürfen wohl zu einer Verneinung der Frage kommen, wenn wir den conservativen Sinn der Römer bezüglich der ihren Rechtsformen innewohnenden Gedanken in Betracht ziehen.

§ 11.

Schönemann[2]) und Meissels[3]) glaubten durch folgenden Einwand die Unrichtigkeit der Acceptationstheorie beweisen zu können: Es sei möglich, dass die Niessbrauchssache gerade in dem Zeitpunkt, wo der Niessbraucher verzichten wolle eine res nullius sei; in diesem Falle sei also Niemand da, der acceptiren könne, ein Verzicht auf das ius in re unmöglich, und dieses werde gegen den Willen des Niessbrauches perpetuirt. Die letzere von Schönemann gezogene Consequenz tritt doch eben immer ein, wenn der Eigenthümer den Verzicht nicht annimmt. Es liegt hierin auch gar keine ungerechte Beschränkung der im Rechte liegenden Willensmacht, denn der Inhaber des Rechts braucht es ja nicht auszuüben. Jedoch auch wenn wir hiervon ganz absehen, bringt der von den beiden Schriftstellern vorgebrachte Fall gar keinen Beweis gegen unsere Theorie, denn er wird von unserem Standpunkte ebenso entschieden werden können, wie von dem ihrigen. Der

1) Meissels a. a. O. S. 691 ist anderer Ansicht. Die Prozessfiktion, auf der die in iure cessio beruht, erforderte, dass der Eigenthümer der als Sieger aus dem Prozesse hervorgehen soll, auch in demselben handelnd auftrete. Nachdem mit dieser Fiction gebrochen sei und der Verzichtende mit der Sprache klar hervorrücke, bleibe für den Eigenthümer gar keine Rolle mehr übrig.

2) a. a. O. S. 167. 3) a. a. O. S. 695.

aus unseren Ausführungen sich ergebende Hauptgrund für unsere Ansicht war doch der, dass durch einen wirksamen einseitigen Verzicht *ein unberechtigter Eingriff in die Rechtssphäre des Eigenthümers gemacht werde.* Dieser Grund fällt bei einer herrenloser Sache weg.

Es bedarf jetzt noch einer Kritik des von Fritz[1]) als Beweis für die hier vertretene Ansicht herangezogenen Satzes, dass „das römische Recht zur Aufhebung eines erworbenen Rechts nicht weniger verlangt als zu seinem Erwerb". Er citiert die beiden Pandektenstellen l. 35 D. de D. R. J. A. 50,17 (Ulpian) Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, undi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

Und l. 153 D. eod. (Paulus) Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Die erste Stelle bezieht sich nur auf die formellen Aufhebungsarten des älteren Rechts und passt z. B. auf den Fall, wenn der Niessbrauch durch in iure cessio aufgehoben wurde; da sie ferner nur das Obligationenrecht betrifft — wenn auch Ulpian in den Anfangsworten eine ganz allgemeine Regel aufstellt — darf sie auf die Servitutenlehre wohl nur mit grösster Vorsicht angewandt werden[2]). Wir glauben uns Baron[3]) bei der Kritik dieser Stelle anschliessen zu dürfen,

---

1) Fritz a. a. O. S. 386.

2) Leist (über die Wechselbeziehung etc. S. 7) citirt in diesem Zusammenhange noch l. 100 D. 50,17 und l. 80 D. 46,3 die diese Regel nur für das „Contrahiren" aufstellen.

3) Baron in der kritischen Vierteljahrsschrift. Band 19,2. S, 309/311.

und er wird wohl nicht zuviel sagen, wenn er die von den römischen Juristen etwas sorglos aufgestellte Regel ein falsches Princip, eine Spielerei nennt. In seiner weiteren Ausführung als Entgegnung auf Leist's Abhandlung kommt er zu dem Schlusse, dass diese Regel durch eine irrthümliche Abstraction fertiger Begriffe und Rechtssätze aus dem älteren Recht entstanden sei. Bezüglich der l. 153 cit. hat Baron[1]) ebenfalls nachgewiesen, dass sie mit den Entscheidungen der Quellen nicht in Einklang steht, und dass wir den Ausspruch des Paulus bei keinem anderen Juristen und in keiner Kaiserconstitution wiederfinden. Er bewies uns auch, dass Paulus ein allgemeines Princip aufstellen wollte, schon dadurch, dass er von nulla possessio spricht und auch die Verträge als Analogie heranzieht[2]). Wir können also Fritz nicht zustimmen, wenn er die citirten Stellen auf unsere Frage anwenden will, wie es überhaupt etwas gewagt erscheint, mit solchen allgemein gehaltenen Aussprüchen der Quellen zu beweisen, „da die römischen Juristen, indem sie bei ihren Argumentationen vorzugsweise im Konkreten operiren, in der Formulirung ihrer allgemeinen Regeln sorgloser sind"[3]).

Doch scheinen uns Schönemann's[4]) Folgerungen nicht ganz richtig zu sein, die er aus l. 153 cit. zieht, für den Fall, dass man ihre Anwendbarkeit auf unsere Frage zugibt. Er sucht „gerade das Gegentheil von der Fritz'schen Ansicht" zu folgern. Die Stelle sage folgendes: Wie ein Recht entstehe, so könne es auch aufgehoben werden, der Vertrag sei eine Entstehungsart, also auch eine Aufhebungsart; jedoch sei dies nicht der einzige Weg eine Servitut zu begründen, vielmehr

1) Baron, Pandekten S. 224.
2) Baron, krit. Vierteljahrschr. S. 310.
3) Leist, a. a. O. S. 1.
4) Schönemann, a. a. O. S. 166.

sei auch eine Ersitzung möglich; dieses sei ein „einseitiger Akt" des Erwerbers; es folge also aus dem allgemeinen Satz der l. 153, dass Servituten auch durch Verjährung bezl. Nichtgebrauch also durch „einen einseitigen Akt" des Berechtigten verloren gehen könnten.

Den Folgerungen Schönemann's können wir unsere volle Zustimmung geben, doch möchten wir nur daran erinnern, dass die Wirkungen dieses „einseitigen Aktes" nicht aus dem Willen des Berechtigten, sondern ganz unabhängig davon aus der rechtserzeugenden und rechtsvernichtenden Macht der Zeit zu erklären sind.

Schönemann hat vorsichtiger Weise die Dereliction von Servituten nicht erwähnt, sondern nur im Allgemeinen von einem einseitigen Act gesprochen, denn bei den Wirkungen der Dereliction ist doch das Willensmoment das Wesentliche. Hätte er eine richtige Consequenz aus dem Satze von der Congruenz zwischen der Erwerbs- und Aufhebungsart eines Rechts ziehen wollen, so hätte es nur folgende sein können: Ebensowenig wie Occupation ein Entstehungsact der Servituten ist, ebensowenig ist Dereliction eine Aufhebungsart; denn die Occupation ist das Gegenstück zur Dereliction.

Wir glauben bis jetzt aus unseren Ausführungen den Satz gewonnen zu haben, dass das Recht des Niessbrauchs einseitig durch Verzicht nicht aufgehoben werden kann, sondern dass erst mit der Annahme des Eigenthümers[1]) also durch Verzichtsvertrag diese Wirkung

1) Wir haben bis jetzt den Fall im Auge gehabt, dass nur der Eigenthümer beim Verzicht des Niessbrauches in Betracht kommt; es ist jedoch auch möglich, dass Dritten aus dem Verzicht ein Vortheil erwächst, so z. B., wenn die Sache verpfändet war, so dass sich durch den Verzicht die Sicherheit des Pfandrechts erhöhte. Die strenge Consequenz der hier vertretenen Ansicht wäre die, dass auch der Pfandgläubiger seine Annahme neben dem Eigenthümer zur Wirksamkeit des Verzichts erklären müsste. doch kommt hier der Grundsatz zur Geltung, dass der Eigenthümer der eigentliche

eintritt. Der Verzicht kann also bis zu der erfolgten Annahme jederzeit wieder von dem Niessbraucher zurückgenommen werden[1]).

§ 12.

Wir kommen nun zu der materiellen Seite unserer Frage, ob nämlich der Niessbraucher durch seine einseitige Willenserklärung aus dem Niessbrauch austreten kann, das heisst, ob er sich von den mit ihm verbundenen Verpflichtungen durch Aufgabe seines Rechts befreien kann, ohne dass ihm eine Verantwortlichkeit daraus erwächst.

Sehen wir zunächst, welche Verbindlichkeiten der Niessbraucher hat. Es ergeben sich einmal aus dem Wesen des Niessbrauchs „als dem vollständigen Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht an fremder Sache unter Wahrung ihrer Substanz, gewisse Schranken. Man drückt dieses aus: Der Niessbraucher soll die Sache uti frui salva rei substantia. Dies bezeichnet *negativ* die Grenzen der Niessbrauchsbefugnisse. Eine Verpflichtung zu einer *positiven Leistung* entsteht erst mit der Verletzung dieser Grenzen. Insbesondere soll er die Gebrauchsart nicht ändern d. h. er soll die Sache so benutzen, wie es der Eigenthümer vermuthlich selbst gethan hätte, und zweitens soll er die Gestalt der Sache nicht ändern.

Vertreter der Sache ist; seine Annahme genügt also, und es ist ihre nothwendige Folge, dass sie den anderen dinglichen Berechtigten zu Gute kommt. (Elvers a. a. O. S. 769). Meissels (a. a. O. S. 690) ist nicht dieser Ansicht und glaubt hierin ein weiteres Beweismittel gegen die Acceptationstheorie gefunden zu haben.

1) Beim Quasiususfruct kann von einem einseitigen Verzicht nicht die Rede sein, da der quasiusufructuar Eigenthümer wird und nicht ein blosses ius in re aliena hat. Er kann also die Sache durch Dereliction zur res nullius machen, aber dem ersten Eigenthümer kann er durch einseitigen Verzicht sein Eigenthum nicht zurückgeben, sondern nur durch Vertrag.

Ein Schaden, der durch Ueberschreitung dieser Befugnisse entstanden ist, kann mit derselben Klage vom Eigenthümer geltend gemacht werden wie die Nichterfüllung der besonderen obligatorischen Verpflichtungen, da auch dieses uti frui salva rei substantia in dem uti frui boni viri arbitratu enthalten ist. Dem Niessbraucher werden durch besonderen Vertrag gewisse positive Verpflichtungen auferlegt l. l. pr. D. usufr. quemad. cav. 7,9 sagt uns: er müsse sowohl versprechen usurum se boni viri arbitratu[1]) als auch cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit.

Die Verbindlichkeiten, die er mit dem uti frui boni viri arbitratu übernimmt, gehen bedeutend weiter als das uti frui salva rei substantia. Dieses legt direkt keine positiven Leistungen auf, wohl aber das erstere; denn es sagt ihm, was er thun soll, während das letztere sagt, was er nicht thun darf[2]). l. 1 § 3 D. 7,9 hebt dies nochmals besonders hervor mit den Worten: Cavere autem debet viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum hoc est, non deteriorem se causam usus fructus facturum, ceteraque facturum, quae in re sua faceret. Er soll also einmal die Sache behandeln wie ein bonus pater familias und er haftet somit für allen Schaden, der durch ein entgegengesetztes Verhalten entsteht. Diese diligentia eines guten Hausvaters begründet Haftung für culpa levis. Insbesondere hat er für Erhaltung des rechtlichen Zustandes der Sache zu sorgen, ferner auch ihren körperlichen Bestand zu erhalten, also mässige Reparaturen und Ergänzungen vorzunehmen. Ferner soll er alle Lasten und Abgaben, sowohl die ordentlichen als die ausserordentlichen, die auf der Sache ruhen, aus eignen Mitteln bestreiten. Alle diese Pflichten haben ihren Grund darin, dass wer den Nutzen

1) Ebenso l. 9 pr. l. 13 pr. D. 17,1.
2) Schönemann a. a. O. S. 62.

von einer Sache hat, auch die mit derselben verbundenen Lasten zu tragen hat. Dieses bestätigt uns l. 7 § 2 D. de usufr. 7,1: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet reficere quoque eum aedes per arbitrium cogi Celsus scribit.

Der zweite Theil der bei Bestellung des Niessbrauchs eingegangenen Obligation geht auf Restitution der Sache [1] nach Beendigung derselben. Der Niessbraucher haftet hierauf also obligatorisch, nicht nur kraft des Rechts des Eigenthümers.

Zur Sicherung des Eigenthümers wurde der Vertrag, in dem der Niessbraucher seinen Verbindlichkeiten nachzukommen versprach, unter Stellung von Bürgen (satis datio) seitens des Niessbrauchers abgeschlossen. Es ist dies die sog. *cautio usufructuaria*. Hierdurch hat der Eigenthümer sowohl während des Usufructs als auch nach Beendigung derselben eine Klage gegen den Niessbraucher auf Erfüllung seiner Pflichten oder auf Ersatz desjenigen Schadens, der durch Vernachlässigung seiner Pflichten entstanden ist. Es war dies im römischen Recht wegen der eingegangenen Stipulation die Klage aus der Stipulation, heute ist es die unbenannte Klage[2]) aus der gesetzlichen Verpflichtung. Die cautio ist heute lediglich Sicherstellung, in Rom war sie *auch* promissorisch. Ausserdem konnte der Niessbraucher auf Grund der allgemeinen Rechtssätze, die einen Jeden verpflichten, belangt werden, wie z. B. mit der actio legis aquiliae, oder actio iniuriarum.

§ 13.

Von allen diesen Verbindlichkeiten kann sich der Niessbraucher jederzeit dadurch befreien, dass er die

1) Quod inde exstabit d. h. in dem Zustande, in den sie durch einen ordnungsmässigen Gebrauch gekommen ist.

2) Die Stellung der cantio usufructuaria ist heute eine gesetzliche Obligation. (Windscheid I. § 204, Anm. 1).

Sache dem Eigenthümer anbietet und so auf seinen Niessbrauch verzichtet. Zum Beweise dienen uns die oben schon erwähnten drei Pandektenstellen, die von recedere ab usufructu und derelinquere usumfructum handeln, und in denen als Folge dieses Aufgebens die Beendigung der Verpflichtungen genannt wird. Es ist dieses zunächst l. 48 pr. D. de usufr. 7,1.

Si absente fructuario heres quasi negotium eius gerens reficiat, negotiorum gestorum actionem adversus fructuarium habet, tametsi sibi in futurum heres prospiceret. sed si paratus sit recedere ab usu fructu fructuarius, non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorium liberatur und l. 64 eod: cum fructuarius paratus est usum fructum derelinquere, non est cogendus domum reficere, in quibus casibus et usufructuario hoc onus incumbit. sed et post acceptum contra eum judicium parato fructuario derelinquere usum fructum dicendum est absolvi eum debere a judice.

Die erste Stelle behandelt folgenden Fall: Der Eigenthümer [1]) hat in Abwesenheit des Niessbrauchers für diesen eine nöthig gewordene Reparatur vorgenommen und klagt nun mit der actio neg. gest. contraria auf Ersatz der Kosten, da dem Niessbraucher gemäss der bei Bestellung des Niessbrauchs eingegangenen Stipulation diese Pflicht obliegt; sie giebt dem Richter eine Anweisung für den Fall, dass zwischen Eigenthümer und Niessbraucher wegen der Pflichten Streit entsteht. Die actio neg. gest. contr. war als Quasicontraktsklage eine actio bonae fidei. Der Kondemationsbefehl des Magistrats an den judex konnte also nur lauten auf: quid quid usufructuarium domino dare facere oportet ex fide bona.

1) Paulus sagt heres. da er den ususfructus legatus im Auge hat; der Niessbrauch hatte meistens in den Wohlwollen eines Testators seinen Grund.

Hierdurch wurde der Niessbraucher vor die Alternative gestellt, entweder die Kosten der Reparatur zu zahlen, wie es seine Pflicht wäre, und dann den Niessbrauch weiter auszuüben, oder aber die Zahlung zu verweigern und dem Eigenthümer den Verzicht auf den Niessbrauch anzubieten.

In beiden Fällen hatte er das gethan, was die bona fides erforderte. In dem letzteren bot er dem Eigenthümer für den Ersatz der Kosten ein genügendes Aequivalent, indem er ihm die Möglichkeit gab, die Sache jetzt selbst zu nutzen.

Gab der beklagte Niessbraucher vor dem Magistrat diese Verzichtserklärung ab, und nahm sie der Proprietär an, so war damit der Niessbraucher von seinen Verpflichtungen frei, aber auch sein Recht ist durch die Annahme erloschen [1]).

Widersprach dagegen der Eigenthümer der Auflösung des Rechtsverhältnisses, so wurde auch dann der Niessbraucher für diesen speciellen Fall von der actio neg. gest. freigesprochen; aber das Recht wurde nicht aufgehoben durch die einseitige Willenserklärung. Uebte der Niessbraucher das Recht nun weiter aus, so hatte er wieder den Vortheil aus der Sache, musste also auch wieder die Verpflichtungen tragen. In der Wiederausübung des Rechts lag eine Zurücknahme des angebotenen Verzichts, wie er dies bis zur Annahme seitens des Eigenthümers jederzeit thun konnte. Er war für den einzelnen Fall von seiner Verpflichtung befreit; falls er belieben sollte seine Pflichten nicht zu erfüllen, so konnte er es wieder zur Austragung des Streites kommen lassen und dann dem Eigenthümer wieder den

1) Wollte sich der Eigenthümer vor Schaden behüten und einen Ersatz für die Reparatur haben, so that er am besten den angebotenen Verzicht anzunehmen, da ihm dann die vorgenommene Reparatur zu Gute kommt.

Verzicht auf den Niessbrauch anbieten. Auf diese Weise wurde er eben in jedem einzelnen Falle freigesprochen.

Wir kommen nun zu dem Falle, dass der Niessbraucher sein Recht, auf das er verzichtete, nicht weiter ausübt und fragen uns, erwächst ihm hieraus eine Verantwortlichkeit? Die Verantwortlichkeit für das uti frui salva rei substantia kann nicht mehr in Frage kommen. Es kann von einem Ueberschreiten der Befugnisse nicht die Rede sein, wo diese Befugnisse nicht mehr ausgeübt werden.

§ 14.

Wie steht es mit seinen obligatorischen Verpflichtungen, durch die er die Haftung für culpa levis und für Restitution der Sache übernommen hat? Die letztere hat er in dem Augenblick erfüllt, in dem er seine Bereitwilligkeit auf den Niessbrauch verzichten zu wollen erklärt hat, da hiermit immer ein Anbieten der Sache verbunden sein muss. Nimmt der Eigenthümer den Verzicht nicht an, so kommt er dadurch *in mora accipiendi*. Die Voraussetzung, dass die Leistung gehörig angeboten ist, ist hier vorhanden. Dieser Verzug auf Seiten des Gläubigers darf dem Schuldner nicht zum Nachtheile gereichen. Der Schuldner, also hier der Niessbraucher, steht jetzt nicht mehr für culpa levis ein. Wird der körperliche Bestand der Sache verändert, und es erwächst dem Eigenthümer ein Schaden daraus, so trägt der Niessbraucher keine Verantwortlichkeit, ebensowenig, wenn der rechtliche Bestand der Sache sich ändert.

Die l. 64 cit. verallgemeinert diesen Fall, indem sie nicht nur von den in Abwesenheit des Niessbrauchers vorgenommenen Reparaturen spricht, sondern von jedem „reficere domum“, das dem Niessbraucher obliegt. Selbst wenn er mit der Klage aus der Kautionsstipulation auf Erfüllungen seiner Verbindlichkeiten belangt wird, kann

er seinen Verbindlichkeiten in der Art nachkommen, dass er seine Bereitwilligkeit zu verzichten erklärt.

In dem zweiten Theil erweitert sie die Prozessvorschrift bezüglich der Freisprechung des verzichtenden Niessbrauchers dahin, dass dieser Verzicht nicht nur vor dem Magistrat (in iure), sondern auch noch vor dem Richter (post acceptum contra eum indicium) erklärt werden kann.

Der Niessbraucher kann sich nur von der Ausbesserung derjenigen Schäden befreien, die die Sache auch in den Händen des Eigenthümers betroffen hätte; den Schaden, der durch seine oder seiner Leute Schuld verursacht wurde, muss er ersetzen, nnd wird hiervon auch nicht freigesprochen, selbst wenn er den Niessbrauch zu derelinquiren bereit ist, denn er hat ja die Haftung für culpa levis übernommen. Dieses geht hervor aus l. 65 pr. eod: Sed cum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licet usum fructum derelinquere paratus sit: debet enim omne, quod diligens pater familias in sua domo facit, et ipse facere.

Die Auslegung dieser drei Pandektenstellen zeigt uns, dass der Niessbraucher seine Verbindlichkeiten nicht einseitig abschüttelt, da dieses auch — wie im allgemeinen Theil erwähnt — ihrem Begriff nach nicht möglich ist, sondern dass er sie vielmehr erfüllt durch die Bereitwilligkeit auf den Niessbrauch zu verzichten, nur in einer anderen Weise, als vom Eigenthümer erwartet war.

Wir treten hier nochmals Bacher [1]) und Schönemann [2]) entgegen, die aus diesen Stellen gefolgert haben, dass das Recht durch den einseitigen Akt aufgehoben werden könne. Schönemann glaubt in diesen Stellen ein weiteres Beweismittel für seine Ansicht zu finden,

1) Bacher a. a. O. S. 252.
2) Schönemann a. a. O. S. 168.

und argumentirt folgendermassen: Wenn man nämlich eine Beziehung von Person zu Person wie in diesem Falle einseitig lösen und so eine Verpflichtung aufheben könne, so scheine es noch weniger bedenklich durch den Berechtigten, dem keine Person gegenübersteht, ein Recht einfach aufgeben zu lassen. Bacher kann sich nicht erklären, dass sich Jemand von den ihm obliegenden Lasten einseitig befreien kann, wenn nicht gerade dadurch, dass man annähme, diese Lasten seien nur eine Accidenz des dinglichen Rechts und könnten, weil letzteres einseitig aufgegeben werden könne, zugleich mit ihm durch einseitigen Akt abgewälzt werden. Auch Bremer [1]) schliesst sich dieser Auffassung an mit den Worten: „Seine Verbindlichkeiten also soll der Usufruktuar durch einseitige Erklärung beendigen können, nicht aber sein Recht!“

Keiner der drei Schriftsteller beachtete eben bei der Interpretation dieser Pandektenstellen, wie die Beendigung der Verpflichtungen herbeigeführt wurde, dass dies doch durch Anerbieten des Niessbrauchs an den Eigenthümer geschieht, in dem wir eben eine Erfüllung seiner Pflichten erblicken.

§ 15.

Aus unseren Ausführungen ergibt sich nun folgendes Resultat als Beantwortung unserer Frage vom Verzichte beim Niessbrauch:

Der Niessbraucher verliert durch *einseitig erklärten* Verzicht nicht *sein Recht;* sondern zur Aufhebung desselben ist *Annahme* seitens des Eigenthümers, also Verzichtsvertrag erforderlich. Wohl aber kann er durch seine einseitige Willenserklärung den Niessbrauch *als faktisches Verhältniss* jederzeit aufheben dadurch, dass er seine Bereitwilligkeit erklärt auf sein Recht zu ver-

1) Bremer a. a. O. S. 143.

zichten, und es erwächst ihm aus dieser einseitigen Aufhebung keinerlei Verantwortlichkeit.

Dies ist die Entscheidung unserer Frage nach römischem Recht, die bis jetzt auch die herrschende Meinung vertreten hat. Den Anforderungen unseres Verkehrs entspricht sie jedoch nicht mehr, und ist es daraus zu erklären, dass sie gerade in letzter Zeit wieder von mancher Seite angegriffen und als unhaltbar bezeichnet wurde.

Diese Anforderungen mussten deshalb auch beim Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches berücksichtigt werden. Derslbe billigt daher die Einseitigkeit des Verzichts aus Gründen der Zweckmässigkeit, die die Hineinziehung des Eigenthümers behufs Erleichterung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs wiederrathen.

In Berücksichtigung der Gesetze, die dem Grundbuchsystem folgen, unterscheidet er zwischen Grundbuchsobjecten und beweglichen Sachen. Bei ersteren genügt die Erklärung des eingetragenen Berechtigten gegenüber dem Grundbuchamte, dass er den Niessbrauch aufgebe, zu der noch die Löschung des Niessbrauchs im Grundbuch hinzukommen muss; zur Aufhebung des Niessbrauchs an einer beweglichen Sache genügt die einseitige gegenüber dem Eigenthümer abzugebende Verzichtserklärung. Den leitenden Principien entsprechend bestimmt er die Unwiderruflichkeit der Verzichtserklärung.

Angabe der benutzten Schriftwerke.

1) Windscheid, Pandekten I. V. Aufl. Frankfurt 1882.
2) Vangerow, Pandekten. III. Aufl. Marburg 1876.
3) Brinz. Pandekten I. Aufl. Erlangen 1860.
4) Brinz, Pandekten II. Aufl. Erlangen 1873.
5) Dernburg, Pandekten IV. Aufl. Berlin 1894.
6) Arndts. Pandekten IX. Aufl. Stuttgart 1877.
7) Baron, Pandekten VII. Aufl. Leipzig 1893.
8) Puchta, Pandekten XI. Aufl. Leipzig 1872.
9) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. IV Berlin 1841.
10) Meissels, In der Zeitschrift für das Privatrecht der Gegenwart. Bd. XVIII,4. Wien 1891.
11) Elvers. Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856.
12) Fritz, Erläuterungen etc. zu Wening-Ingenheims Lehrbuch des gem. Civilrechts. Bd. I. Freiburg 1834.
13) Fritz, Im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. VIII. Heidelberg 1825.
14) Schönemann, Die Servituten, Leipzig 1866.
15) Sintenis, Das paktische gem. Civilrecht. I, Bd. II. Auflage, Leipzig 1860.
16) Marx, Das Erlöschen von Servituten und Pfandrecht durch Verzicht. Leipzig 1866.
17) Luden, Von den Servituten, Gotha 1837.
18) Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte. Leipzig 1867.
19) Bacher, In Gerber und Ihering, Jahrbücher, Band V. Jena 1861.
20) Baron, In der krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Band XIX,2. München 1877.

21) Ihering, Geist des römischen Rechts, II, 2. IV. Auflage. Leipzig 1883.
22) Leist, Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsact, Jena 1876.
23) Wächter, Württembergs Privatrecht, Band II,3.
24) Thon, Im Archiv für civilistische Praxis. Bd. LXXX. Freiburg i. B. 1893.
25) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches Band III.

Inhaltsübersicht.

§ 1. Einleitung: Die Streitfrage in der Lehre vom Verzicht.
Ausführung:

I. Allgemeiner Theil:

§ 2. A. Bestimmung des Begriffs Verzicht.

1. Verzicht im engeren und im weiteren Sinne.
2. Einseitigen Verzicht und Verzichtsvertrag.
3. Ausdrücklicher und stillschweigender Verzicht.

§ 3. B. Was kann Objekt eines Verzichts sein?

C. Das Willensmoment in dem Verzichtsbegriff.

D. Verzichte sind strikt zu interpretiren.

§ 4. E. Savignys Theilung der Frage nach der Wirkung des Verzichts in eine formelle und materielle.

II. Besonderer Theil:

A. Der Niessbraucher kann durch einseitigen Verzicht das Recht des Niessbrauchs nicht aufheben, sondern dazu bedarf es der Annahme seitens des Proprietars.

§ 5. 1. Beweis durch Exegese der Quellen.

a. das vorjustinianische Recht:
Paulus (sent. III. 6,28) und Gaius (J. II. 30) fordern in iure cessio zur Aufhebuug.

b. Das justinianische Recht.

α. Darf man aus dem Wegfall der in iure cessio folgern, dass im justinianischen Recht einseitiger Verzicht genügt?

§ 6. β. Was ergibt sich aus den Quellenstellen, die von der Aufhebung des Niessbrauchs und der Servituten im Allgemeinen durch den Willen des Berechtigten handeln?

αα. § 3. J. 2,4 nennt cedere usumfructum.

ββ. Bedeutung dieses cedere und des concedere in l. 21 D. 8,2 und l. 20 D. 8,3.

$\gamma\gamma$. Was ergibt sich aus l. 8 pr. D. 8,6 und l. 4 § 12 D. 44,4, die von stillschweigendem Verzicht handeln?

§ 7. $\delta\delta$. l. 17 i. f. D. 8,4 behandelt die Aufhebung eine Servitut durch Schenkung.

EE l. 6 D. 8,6 verlangt Vertrag zur Aufhebung einer Servitut.

$\zeta\zeta$. Erklärung des in l. 48 pr. l. 64 l. 65 pr. D. 7,1 gebrauchten recedere ab usufructu und derelinquere usumfructum.

§ 8. $\eta\eta$. Lässt sich nur l. 66 D. 23,3 auf die Wirksamkeit des einseitigen Verzichts schliessen?

§ 9. 2. Beweis aus Gründen allgemeiner Natur:

a. Es ist unrichtig, die Analogie der Eigenthumsdeveliction heranzuziehen, da sie

α. die Sache nur zur res nullius macht,

β. nicht in die Rechtssphäre eines andern eingreift

§ 10. b. Es ist vielmehr möglich als Analogie die Aufhebung der Obligationen durch einseitigen Verzicht des Gläubigers heranzuziehen.

c. Die Bedeutung der in iure cessio im älteren römischen Recht und deren Nachwirkung auf die spätere Entwicklung desselben.

§ 11. d. Kritik des Einwandes, dass bei einer herrenlosen Sache der Niessbrauch gegen den Willen des Niessbrauchers perpetuirt werde.

e. Ist der Satz als Beweismittel brauchbar: Das römische Recht verlangt zur Aufhebung eines Rechts nicht weniger als zu seinem Erwerb?

f. Kann man aus diesem Satze folgern, dass einseitiger Verzicht zur Aufhebung des Niessbrauchs genügt?

§ 12. B. Der Niessbraucher kann den Niessbrauch als faktisches Verhältniss jederzeit durch einseitige Willenserklärung aufheben d. h. er kann sich von seinen Verbindlichkeiten durch Aufgeben seines Rechts befreien.

1. Worin bestehen die Verpflichtungen des Niessbrauches.

a. aus dem Begriff des Niessbrauchs ergibt sich ein uti frui salva rei substantia.

b. Für culpa levis und Restitution der Sache haftet er durch besonderen Vertrag.

§ 13. 2. Aus l. 48 pr. l. 64 D. 7,1 ergibt sich, dass sich der Niessbraucher von seinen Verpflichtungen befreien kann.

§ 14. 3. Aus dieser Aufhebung des faktischen Verhältnisses erwächst ihm keine Verantwortlichkeit.

4. Der Niessbraucher muss jedoch den Schaden ersetzen, der durch seine culpa entstanden ist.

5. In der Aufgabe des Niessbrauchs liegt eine Erfüllung seiner Pflichten, nur in anderer Weise als von Eigenthümer erwartet wird.

§ 15. Schluss.

Das Ergebniss unserer Ausführungen und die Stellung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches zu unserer Frage.